

Sygn. akt: KIO 1776/16

WYROK

z dnia 10 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września przez wykonawcę VEGGO KiJ Bis spółka jawna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającą Jednostkę Wojskową nr 2063 w Warszawie

przy udziale wykonawcy ROBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ożarowie Mazowieckim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającej Jednostce Wojskowej nr 2063 w Warszawie powtórzenie badania i oceny ofert w części IV postępowania oraz odrzucenie oferty wykonawcy ROBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ożarowie Mazowieckim; oddala zarzuty i żądania odwołania w pozostałym zakresie.

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową nr 2063 w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez VEGGO KiJ Bis spółka jawna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Jednostki Wojskowej nr 2063 w Warszawie na rzecz VEGGO KiJ Bis spółka jawna w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 2063 w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z podziałem na części, na zakup i dostawę produktów pochodzenia niezwierzęcego: pieczywa, wyrobów ciastkarskich i ciast, artykułów ogólnospożywczych, warzyw, owoców i nowalijek (znak sprawy: 021/16).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 076-133376.

W dniu 23 września 2016 r. VEGGO K. i J. Bis spółka jawna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu:

1) naruszenie art 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykonanie żądań zawartych we wniesionych dwóch odwołaniach od czynności Zamawiającego:

a) odwołanie z dnia 04.07.2016 r.,

b) odwołanie z dnia 16.08.2016 r.,

pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zawartych w obu odwołaniach zarzutów w całości i umorzenia postępowań odwoławczych na podstawie postanowień Krajowej Izby Odwoławczej:

a) postanowienie z dnia 12.07.2016 r. Sygn. akt KIO 1191/16,

b) postanowienie z dnia 29.08.2016 r. Sygn. akt KIO 1531/16,

a także wobec niewniesienia sprzeciwu przez Wykonawcę Robs Sp. z o.o. (przystępującego) w stosunku do uznania odwołania przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1531/16.

2) naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie powtórzonego badania i powtórnej oceny oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. złożonej w cz. IV i V ofert, a którego oferta została przez Zamawiającego oceniona i odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych pismem z dnia 23.06.2016 r. i od których to czynności Wykonawca Robs Sp. z o.o. nie wniósł odwołania, a także w sytuacji niewniesienia sprzeciwu przez w/w Wykonawcę (przystępującego) w stosunku do uznania odwołania przez Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1531/16, gdy tymczasem Zamawiający wobec uznania:

a) odwołania z dnia 04.07.2016 r. winien dokonać wyłącznie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego przywracając ją do postępowania i dokonując wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

b) odwołania z dnia 16.08.2016 r. winien dokonać ponownego badania i oceny oferty wszystkich złożonych ofert, a w wyniku dokonania tych czynności winien wykluczyć Wykonawca Robs Sp. z o.o. i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

3) naruszenie art 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zażądanie od Wykonawcy Robs Sp. z o.o. wyjaśnień w stosunku do dokumentu jakim jest Formularz cenowy, gdy tymczasem art. 26 ust.4 Prawa zamówień publicznych ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do oświadczeń i dokumentów o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, t.j. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o jakich mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane,

4) naruszenie art 87 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. po upływie terminu składania ofert w drodze przyjętych przez Zamawiającego wyjaśnień przy piśmie z dnia 23.07.2016 r., a w rzeczywistości polegających na uzupełnieniu treści Formularza cenowego o brakującą kolumnę 11,

5) naruszenie art 24 ust 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z podaniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale V pkt 1 ppkt a SIWZ (uprawnienia do prowadzenia działalności), V pkt 1 ppkt b SIWZ (wiedza i doświadczenie), V pkt 1 ppkt d SIWZ (sytuacja ekonomiczna i finansowa),

6) naruszenie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z faktem iż treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ,

7) naruszenie art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez przyznanie punktacji Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w ramach kryteriów oceny ofert pomimo tego, że niespełnione zostały warunki udziału w postępowaniu zawarte w rozdziale V pkt 1 ppkt c SIWZ przewidziane dla oceny w ramach dodatkowego kryterium oceny ofert,

8) naruszenie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w cz. IV i V oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o.,

2) nakazanie dokonania ponownego badania oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. i wykluczenia w/w Wykonawcy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty,

3) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części nr IV i V zgodnie z art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych,

4) zawarcia umowy z Odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez Zamawiającego kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z dnia 20.06.2016 r.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ROBS sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo Robs). Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec zgłoszenia przystąpienia, ponieważ gdyby na posiedzeniu uznała, wykonawca Robs „utracił status wykonawcy w postępowaniu”, bo zaniechał kwestionowania odrzucenia swojej oferty w przepisany terminie, biegnącym od pierwszej informacji o odrzuceniu jego oferty (tak Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie traktuje wykonawcę zgłaszającego przystąpienie w analogicznej sytuacji), to doszłoby w tym

przypadku do rozstrzygnięcia o merytorycznych zarzutach odwołania już na posiedzeniu. W konsekwencji, mimo wątpliwości, Izba w niniejszym stanie faktycznym uznała, że wykonawca Robs skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ma bowiem prawo bronić swojego statusu w postępowaniu, a w informacji o wyniku postępowania z dnia 13 września 2016 r. (skarżonej niniejszym odwołaniem), Zamawiający uznał jego ofertę za najkorzystniejszą.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba z urzędu dopuściła jako dowód w sprawie dokumentację postępowania sygn. akt KIO 1191/16 i sygn. akt KIO 1531/16 i na tej podstawie, oraz na podstawie dokumentacji niniejszego postępowania sygn. akt KIO 1776/16 ustaliła, co następuje:

1. W dniu 20 czerwca 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania, w części IV postępowania uznając ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą. Oferta Przystępującego została odrzucona w części IV i V postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wykonawca zmodyfikował formularz cenowy, usuwając z niego kolumnę 11. Zamawiający unieważnił postępowanie w części V zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

2. W dniu 23 czerwca 2016 r. Zamawiający „anulował” informację o wyniku postępowania z dnia 20 czerwca 2016 r. i zawiadomił o unieważnieniu postępowania w części IV i V zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że w zakresie ww. części odrzucił ofertę Odwołującego (ze wskazaniem, że formularz cenowy załączony do oferty jest niezgodny z SIWZ, ponieważ podano w nich ceny brutto, podczas gdy powinno się podać ceny netto) oraz ofertę wykonawcy Robs sp. z o.o. (z analogicznym uzasadnieniem faktycznym, jak uprzednio) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

3. Wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty w zakresie części IV i V zamówienia, a także wobec czynności unieważnienia postępowania w tych częściach, wykonawca Veggo K i J Bis sp.j. w Warszawie, wniósł 4 lipca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez rozpoznanie środka ochrony prawnej w postaci informacji o czynności niezgodnej z przepisami, w sytuacji gdy w postępowaniu

od czynności dokonanych przez zamawiającego przysługiwało wyłącznie odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych,

- 2) art. 181 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez uznanie zasadności informacji o czynności niezgodnej postępowaniu i podjęcie bez podstawy prawnej czynności anulujących rozstrzygnięcie postępowania z 20.06.2016 r., w sytuacji gdy prawo do uznania takiej informacji przez zamawiającego przysługuje wyłącznie w postępowaniach na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, oraz gdy pojęcie anulowania czynności w postępowaniu nie występuje w przepisach Prawa zamówień publicznych,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez dokonanie bez podstawy prawnej ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty odwołującego w części nr IV i V, podczas gdy oferta odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest ważna i zamawiający winien utrzymać wynik postępowania podjęty w dniu 20.06.2016 r.,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w części IV i w części V, w sytuacji gdy oferta odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest ważna i zamawiający winien utrzymać wynik postępowania podjęty 20.06.2016 r.,
- 5) art. 87 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie poprawienia omyłek występujących w ofercie odwołującego, w przypadku gdy zdaniem Izby zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,
- 6) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w części nr IV i V na podstawie art. art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty i nakazanie dokonania oceny oferty odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych a także nakazanie poprawienia omyłek występujących w kalkulacji' cenowej odwołującego, w przypadku gdy zdaniem Izby zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części nr IV i V zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

4) zawarcia umowy z odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez zamawiającego kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z 20.06.2016 r.

Do odwołania po stronie Zamawiającego przystąpił Robs sp. z o.o. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, od czego Przystępujący nie wniósł sprzeciwu. W konsekwencji zostało wydane postanowienie sygn. akt KIO 1191/16 o umorzeniu postępowania.

4. W dniu 4 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego w części IV i V zamówienia, wyborze najkorzystniejszej oferty w części IV zamówienia (za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę ROBS sp. z o.o.) oraz o unieważnieniu Postępowania w części V zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

5. Na powyższą czynność w dniu 16 sierpnia 2016 r. wykonawca VEGGO K. i J. Bis sp. j. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od ww. czynności Zamawiającego zarzucając:

1) naruszenie art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykonanie żądań zawartych we wniesionym w dniu 04.07.2016 r. odwołaniu od czynności Zamawiającego pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zawartych w nim zarzutów w całości i umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.07.2016 r., sygn. akt KIO 1191/16,

2) naruszenie art 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie powtórnego badania i powtórnej oceny wszystkich złożonych w cz. IV i V ofert, a w szczególności poprzez ponowną ocenę oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o., którego oferta została przez Zamawiającego oceniona i odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych pismem z dnia 23.06.2016 r., od których to czynności Wykonawca Robs Sp. z o.o. nie wniósł odwołania, gdy tymczasem Zamawiający winien dokonać wyłącznie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego przywracając ją do postępowania i dokonując wyboru jako oferty najkorzystniejszej,

3) naruszenie art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zażądanie od Wykonawcy Robs Sp. z o.o. wyjaśnień w stosunku do dokumentu jakim jest Formularz cenowy, gdy tymczasem art. 26 ust4 Prawa zamówień publicznych ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do oświadczeń i dokumentów o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, t.j. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

o jakich mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane,

4) naruszenie art. 87 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. po upływie terminu składania ofert w drodze przyjętych przez Zamawiającego wyjaśnień przy piśmie z dnia 23.07.2016 r., a w rzeczywistości polegających na uzupełnieniu treści Formularza cenowego o brakującą kolumnę 11,

5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z podaniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale V pkt 1 ppkt a SIWZ (uprawnienia do prowadzenia działalności), V pkt 1 ppkt b SIWZ (wiedza i doświadczenie), V pkt 1 ppkt d SIWZ (sytuacja ekonomiczna i finansowa),

6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z faktem, iż treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ,

7) naruszenie art 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z nie wniesieniem przez tego Wykonawcę wadium na przedłużony okres terminu związania ofertą,

8) naruszenie art 91 Prawa zamówień publicznych poprzez przyznanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert pomimo tego, że niespełnione zostały warunki udziału w postępowaniu zawarte w rozdziale V pkt 1 ppkt c SIWZ przewidziane dla oceny w ramach dodatkowego kryterium oceny ofert,

9) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w części nr IV i V, podczas gdy oferta Odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest ważna i Zamawiający winien zgodnie z żądaniem Odwołującego z pierwszego odwołania dokonać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

10) naruszenie art. 87 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez ewentualne zaniechanie poprawienia omyłek występujących w ofercie Odwołującego, w przypadku gdy zdaniem KIO zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. (tj. po otwarciu ofert) przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,

11) naruszenie art 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w cz. IV i V oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o.,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w cz. IV i V i nakazanie dokonania oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych a także ewentualnie nakazanie poprawienia omyłek występujących w kalkulacji cenowej Odwołującego, w przypadku gdy zdaniem KIO zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. (tj. po otwarciu ofert) przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. i wykluczenia w/w Wykonawcy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części nr IV i V zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych,
- 5) zawarcia umowy z Odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez Zamawiającego kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z dnia 20.06.2016 r.

Do odwołania po stronie Zamawiającego przystąpił Robs sp. z o.o. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, od czego Przystępujący nie wniósł sprzeciwu. W konsekwencji zostało wydane postanowienie sygn. akt KIO 1531/16 o umorzeniu postępowania.

6. W dniu 13 września 2016 r. Zamawiający kolejny raz zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w części IV zamówienia (za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę ROBS sp. z o.o.) oraz o unieważnieniu postępowania w części V zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Równocześnie Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Na powyższą czynność w dniu 23 września 2016 r. wykonawca VEGGO K. i J. Bis sp. j. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykonanie żądań zawartych we wniesionych dwóch odwołaniach od czynności Zamawiającego:

a) odwołanie z dnia 04.07.2016 r.,

b) odwołanie z dnia 16.08.2016 r.,

pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zawartych w obu odwołaniach zarzutów w całości i umorzenia postępowań odwoławczych na podstawie postanowień Krajowej Izby Odwoławczej:

a) postanowienie z dnia 12.07.2016 r. Sygn. akt KIO 1191/16,

b) postanowienie z dnia 29.08.2016 r. Sygn. akt KIO 1531/16,

a także wobec niewniesienia sprzeciwu przez Wykonawcę Robs Sp. z o.o. (Przystępującego) w stosunku do uznania odwołania przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1531/16;

2) naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie powtórzonego badania i powtórnej oceny oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. złożonej w cz. IV i V ofert, a którego oferta została przez Zamawiającego oceniona i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych pismem z dnia 23.06.2016 r. i od których to czynności Wykonawca Robs Sp. z o.o. nie wniósł odwołania, a także w sytuacji niewniesienia sprzeciwu przez w/w Wykonawcę (przystępującego) w stosunku do uznania odwołania przez Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1531/16, gdy tymczasem Zamawiający wobec uznania:

a) odwołania z dnia 04.07.2016 r. winien dokonać wyłącznie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego przywracając ją do postępowania i dokonując wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

b) odwołania z dnia 16.08.2016 r. winien dokonać ponownego badania i oceny oferty wszystkich złożonych ofert, a w wyniku dokonania tych czynności winien wykluczyć Wykonawca Robs Sp. z o.o. i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

3) naruszenie art 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zażądanie od Wykonawcy Robs Sp. z o.o. wyjaśnień w stosunku do dokumentu jakim jest Formularz cenowy, gdy tymczasem art. 26 ust.4 Prawa zamówień publicznych ma zastosowanie wyłącznie

w stosunku do oświadczeń i dokumentów o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, t.j. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o jakich mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane,

4) naruszenie art. 87 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. po upływie terminu składania ofert w drodze przyjętych przez Zamawiającego wyjaśnień przy piśmie z dnia 23.07.2016 r., a w rzeczywistości polegających na uzupełnieniu treści Formularza cenowego o brakującą kolumnę 11,

5) naruszenie art 24 ust 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z podaniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale V pkt 1 ppkt a SIWZ (uprawnienia do prowadzenia działalności), V pkt 1 ppkt b SIWZ (wiedza i doświadczenie), V pkt 1 ppkt d SIWZ (sytuacja ekonomiczna i finansowa),

6) naruszenie art 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w związku z faktem iż treść złożonej przez tego Wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ,

7) naruszenie art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez przyznanie punktacji Wykonawcy Robs Sp. z o.o. w ramach kryteriów oceny ofert pomimo tego, że niespełnione zostały warunki udziału w postępowaniu zawarte w rozdziale V pkt 1 ppkt c SIWZ przewidziane dla oceny w ramach dodatkowego kryterium oceny ofert,

8) naruszenie art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w cz. IV i V oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o.,

2) nakazanie dokonania ponownego badania oferty Wykonawcy Robs Sp. z o.o. i wykluczenia w/w Wykonawcy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty,

3) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części nr IV i V zgodnie z art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych,

4) zawarcia umowy z Odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez Zamawiającego kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z dnia 20.06.2016 r.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba badała legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania. I tak, skład orzekający uznał, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w części IV postępowania, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia w części IV i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Natomiast w ocenie składu orzekającego w części V postępowania Odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania, ponieważ postępowanie w tej części Zamawiający unieważnił na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, czego Odwołujący nie kwestionował. Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Analizując żądania odwołania można zauważyć, że Odwołujący musiał mieć świadomość, że Zamawiający nie może zwiększyć środków dla części V postępowania, bowiem nie wnosił, analogicznie jak w części IV, o „nakazanie zawarcia umowy z Odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez Zamawiającego kwoty, jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z dnia 20.06.2016 r.” Pomijając niedopuszczalność takiego żądania na podstawie art. 192 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, sposób jego sformułowania potwierdza wiedzę Odwołującego co do braku możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia w tej części postępowania. Z uwagi na brak legitymacji do wniesienia odwołania w części V postępowania, Izba badała tylko zarzuty podniesione w części IV postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów podniesionych w części IV postępowania.

Nie było sporne, że dokonując pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 czerwca 2016 r., Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego, i za najkorzystniejszą wybrał ofertę Odwołującego. Na tąże czynność nie wniesiono odwołania. Zamawiający powyższą czynność skorygował w ten sposób, że w dniu 23 czerwca 2016 r. odrzucił obie oferty. Na czynność z dnia 2 czerwca 2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie, które w całości zostało uwzględnione przez Zamawiającego. Przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jednak nie wniósł sprzeciwu. Następnie Zamawiający dokonywał dalszych czynności w postępowaniu, w dniu 4 sierpnia i 13 września 2016 r. Na czynność z 13 września 2016 r. zostało wniesione odwołanie, rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W odwołaniu Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia go z postępowania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że słusznie Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania w części IV. W ocenie składu orzekającego, oferta Przystępującego została już prawomocnie odrzucona z postępowania pierwszą czynnością Zamawiającego, z dnia 20 czerwca 2016 r. Przystępujący nie zaskarżył odrzucenia swojej oferty za pomocą przysługujących mu środków ochrony prawnej. Nie zaskarżył również czynności z dnia 23 czerwca 2016 r. Izba podzieliła stanowisko dotychczas wyrażone w orzecznictwie, że „oczywistym jest zatem, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty przystępującego uprawomocniła się i nie mogła zostać skutecznie zmieniona czynnością zamawiającego. (...) Przywrócenie do postępowania oferty wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty nie może być uzasadnione dowolnymi przekonaniem zamawiającego. Ustawodawca przewidział możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej właśnie w tym celu, by wykonawcy bronili się przed niesłusznymi – ich zdaniem – czynnościami zamawiającego. Wniesienie środka ochrony prawnej – oprócz jego bezpośredniego celu – ma również inne skutki, np. możliwości przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego bądź zamawiającego przez innych wykonawców i przedstawienie przez nich stanowiska w sprawie. Dowolność działań podejmowanych przez zamawiającego pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, a także rodzi stan niepewności wśród wszystkich uczestników postępowania. Zdaniem Izby działanie takie godzi również w zasadę równego traktowania wykonawców. Nie może być bowiem tak, że jeden z wykonawców wnosi środek ochrony prawnej na czynność zamawiającego i ponosi koszty z tym związane, natomiast drugi korzysta z dobrodziejstw wydanego orzeczenia, mimo że w żaden sposób go ono nie dotyczy.” Stanowisko takie zostało zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 1102/16, potwierdzonego wyrokiem Sądu

Okręgowego w Krakowie, sygn. akt II Ca 1481/13 z 10 stycznia 2014 r. Sąd za prawidłowe uznał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że wobec wykonawcy, który nie wnosząc środków ochrony prawnej, pogodził się z odrzuceniem swojej oferty, czynność Zamawiającego stała się wiążąca, a więc jego oferta została skutecznie i „prawomocnie” odrzucona; „samodzielne przywrócenie przez zamawiającego do przedmiotowego postępowania oferty [przystępującego] niewątpliwie naruszało zasadę określoną w art. 7 ust. 1 P.z.p., gdyż nie może być uznane za równe traktowanie podmiotów doprowadzenie do sytuacji, gdy jeden z nich pozostał w dalszym toku postępowania przetargowego wyłącznie na skutek podjęcia o to skutecznej walki na przysługującej mu drodze prawnej, zaś drugi pomimo tego, że nie zaskarżył czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty i tak uczestniczy dalej w tym postępowaniu, jedynie na skutek woli zamawiającego.” (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt II Ca 1481/13). W przywołanym orzeczeniu Sąd podkreślił rolę środków ochrony prawnej oraz powiązał skutki wywołane wniesieniem środków ochrony prawnej z przewidzianą w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych legitymacją do wniesienia odwołania: „sytuację skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie oddziałując niekorzystnie na sytuację innych podmiotów wciąż uczestniczących w tym postępowaniu (co może mieć miejsce np. gdy uchylona zostanie czynność odrzucenia oferty odwołującego się, co ma wpływ na sytuację innych podmiotów, których oferty wcześniej nie zostały odrzucone, zwiększając tym samym liczbę konkurentów). Natomiast nie może wywierać jakichkolwiek skutków korzystnych dla podmiotów, które na skutek czynności (zaniechania) zamawiającego znalazły się podobnej sytuacji jak odwołujący się, lecz z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej nie skorzystały, godząc się niejako na konsekwencje wynikające z danej czynności zamawiającego.”. Analogiczne poglądy zostały zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 1556/16 z dnia 5 września 2016 r., gdzie Izba również uznała, że oferta wykonawcy jest skutecznie odrzucona, i nie może być przez zamawiającego „przywrócona” do postępowania, jeżeli wykonawca nie kwestionował w przepisany terminie odrzucenia swojej oferty.

W ocenie składu orzekającego, trafny jest pogląd, że Zamawiający może samodzielnie, z własnej inicjatywy, powtórzyć dokonaną wcześniej przez siebie czynność, jeżeli dojdzie do przekonania, że była ona wadliwa, jednak nie oznacza to, że powtórzenie czynności każdorazowo może być wykonane w pełnym zakresie. Powtórzenie czynności może nastąpić tylko w odniesieniu do tych elementów, które nie „uprawomocniły się” na skutek upływu terminów, przewidzianych Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ Izba uznała, że oferta Przystępującego została już uprzednio skutecznie odrzucona, nie badała zasadności tego odrzucenia. Nie analizowano również zarzutów

odnoszących się do wykluczenia wykonawcy, jako że ewentualne uwzględnienie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania nie miałyby wpływu na wynik postępowania, a więc nie miały one również znaczenia do rozstrzygnięcia odwołania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania w części IV, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....